

## 相殺の担保的機能発達小史

——一八世紀イングランドにおける議論をたずねて——

桶 舎 典 哲

- 一 緒 説
- 二 相殺の担保的機能発達小史
- 三 結 語

### 一 緒 説

#### 1 問題の所在

相互に債権を有する関係にある者のあいだで、それぞれの債権を対当額で消滅させる相殺は、簡易な決済機能であるだけでなく、担保としての機能も有するとされている。<sup>(1)</sup>当事者の一方が、債務超過の状態に陥った場合、他方による相殺を認めることは、結果的に、他の一般債権者に優先して弁済を受けることを認めたことになるからである。

この優先弁済を許容する理由としては、次のように言われている。すなわち、債権債務を負担しあう彼らには、相殺することによって、いつでも弁済を受けたのと同じ結果を受けう

るという「安心感」があり、この安心感を相殺に寄せる期待として保護してやるのが合理性に合う、というのである。

このような考え方によると、右で述べた「安心感」は、一方当事者の資産状態が悪化したときに、最も強く期待されるものであり、このような場合にこそ、その安心感を保護してやらねばならないということになる。なぜならば、右のような状況下で相殺を許さないとすると、資産状態の悪くない相手当事者は、自己の負担する債務については全額履行しなければならぬのに対して、有する債権については一部の配当に甘んじるほかはないことになるからである。このような結果は相手方当事者にとって、思わぬ不公平をもたらすものであり、避けられねばならない、というのである。

ところで、債権というものの実質的価値は、その名目的な数額によってではなく、その債権を担保する債務者の資産状態によって定まることは、ここであらためて述べるまでもない。<sup>(2)</sup>しかし一方の資産状態が悪化した後に、相殺により対

当額の決済を認めることは、相手方の資産状態が悪化したときにおいてなお、形式的な数額において債権を評価することを意味するのである。いいかえれば、一方の債権の実質的価値が失われ、両者が額面価値でしか等価関係に立たない債権を、相殺によって決済することによって、その実質においても等しいものとして取り扱うことに外ならないのである。このことは、相手方債権者が反対に債務を負担しているという一事由をもって、債務者の資力悪化にともない失われている債権の実質的価値を、それら両債権の対当額まで引き上げていることを意味するのである。

債権の実質的価値の評価という点から見ると、右のような取扱いは合理性を欠くといわざるをえない。それにも拘わらず、一般的理解は、相互に債権・債務を有する関係にある当事者は、相手方の資産状態とは関係なく信頼し合うものであるから、一方当事者の資力が悪化しても、右の信頼を裏切つて相殺を禁ずることは却つて不公平となるという。このような理由から、右で述べた「安心感」がまず第一に保護されるべきである、とするのである。

しかしながら、一般にいわれる、相殺を認めないことによって生じる不公平とは、互いに債権債務を有する者同士の、いわば「閉じた関係における公平」という意味しかない。たしかに、説明されているように、一方当事者が履行したのにも拘わらず、他方が履行しないままであり、そのうち

に他方の資産状態が悪化したというような場合を想定するとき、誠実に債務を履行した者が不利益を蒙るという不都合が生じる。しかし、このような事態を回避することが、公平に適用というのは、この二当事者間の問題に限定して、はじめで導かれる結論である。広く他の一般債権者をも視野に入れた場合に問題となる債権者間の公平とは、異なるものと言わざるをえないのである。

もとより、債務者の一般財産に対して有する債権の効力は、平等のはずである。債権者が、債務者の資産状態から離れて、その債権についての経済的価値を確保しようとするのであれば、人的・物的担保の設定を受けるのが筋である。そして、人的担保については別としても、債権者平等の原則によって支配される債務者の一般財産から特定財産を切り離すことにより、法律上当然に優先的地位を有する特権者を認める物的担保を創設する際には、まずその旨の公示をなすことが求められる。なぜならば、一般債権者は、債務者の財産は自己の債権の引当てになるものと信頼しており、債務者の危機時期に瀕して、債務者の一般財産になると期待されているものの中から、突如として切離される財産が生じることは、一般債権者の期待を裏切るばかりでなく、債権者平等を基調とする債権者間の秩序を乱すものであるからである。このような観点から、公示を伴わない担保は容易に認められるべきではない、ともいわれるのである。

このようにして見てくると、相殺の担保的機能がその目的として掲げている当事者間の公平は、結果として、第一に、債権そのものの実質的評価に関する原則から、そして第二に、債権者平等の原則から、それぞれ例外扱いされている。右の二つの大原則に例外を認めてまでも維持しようとした「当事者間の公平」とは、いったい何なのであろうか。はたして、これは、右二大原則の例外とするだけの根拠となりうるのであろうか。<sup>(3)</sup>

わが国の判例を見ると、ここで述べる「当事者間の公平」の問題は、差押えと相殺の優劣に関して規定した民法五十一条を中心に展開されてきた。<sup>(4)</sup>しかし、わが国で議論されるようになった段階において、右で見たような公平観、すなわち、互いに債権債務を負担する者同士の一方の資産状態が悪化したために、相手方は、その有する債権については満足を受けられないことを甘受しつつ自己の負担する債務について弁済を強いられることは、不公平であるというテーゼは、すでに定着していたかのようである。そうであるからこそ、相殺権の行使に対して比較的慎重な立場をとるとされている制限でも、債権者平等を害し、しかも差押えという勤勉な債権者としての労を執った者を排してまで、相殺しうる地位にある第三債務者が保護される場合がある、と考えたのである。<sup>(5)</sup>

ちなみに、民法五十一条の立法当初の学説は、このような

場合に相殺権の行使を認める理由として、支払いの差止めは、その目的となっている債権の当事者にすでに生じている法律関係を変更するものではないからであるという。<sup>(6)</sup>なるほど、債権債務を負担しあう関係にある両当事者の資産状態が、それぞれ健全であれば、確かにその通りであろう。しかし、債権が差し押さえられているという状態を考えると、債務者の資産状態は良好でないのが普通であり、右のように法律関係を変更するものでないとは、当然には言えないのである。

なぜなら、債権の実質的評価をその数額ではなく、それを担保する債務者の資産状態に基づいてなすものとすれば、資産状態が良好でない者を含む当事者間での相殺は、実質的には価値を失った債権を、その反対債権との対当額まで、実質的に価値を引き上げることにほかならないからである。いいかえれば、資産状態の悪化した者との相殺を許すということでは、その者の有する債権の評価に虚構が働くということである。右で見た立法当初の学説が、支払いの差止めによって変更を受けることにはないとした既存の法律関係に、相殺をなす当事者の資産状態が健全である場合のみならず、一方当事者の資産状態に不安が生じ、その者に対する債権が実質的価値を失った場合も含むというのであれば、やはりここにも、虚構が働いているということになりはしないだろうか。しかも、相殺を認めることにより、差押えをなした債権者は自ら

が犠牲となる結果を甘受しなければならない、とするのである。なぜこのような結論が認められるかについては、明確な説明が必要であろう。しかし、当時の学説もそれ以上のことは語らない。

## 2 本稿の視座

諸外国に目を向けてみる。たとえばイングランドでは、既に一七世紀には、相殺のこのような機能が、判例上で問題とされつつあった。ところで、イングランドでは、「自然的正義とエクイティ (Natural Justice and Equity)」といわれる普遍的原理が、時代を超えて司法判断の根底にあるとされており、多くの判例理論も、これを源泉に導きだされている<sup>(1)</sup>。約二世紀に互って、これを中核に展開された債務者破産時の相殺権の取扱いに関するイングランドの理論の黎明期を、本稿では追跡していくことにする。おそらく、そこには、わが国の議論で見落とされた、あるいは語られていない問題を示唆するところが、必ずやあるに違いないと考えたからである。

債務者の破産時に、反対債務を負う債権者による相殺を認めるかという点に関して、イングランドにおける議論を追跡するとき、あわせて問題とせねばならないことが二つある。ひとつは、当時の破産手続きが、債権者のための債権取立ての場として機能しており、債務者に対する懲罰的な色彩が強かったことである。もうひとつは、当時、破産者の財産

を管理する機構として設けられていた、譲受管財人 (assignee) の地位である。

譲受管財人は、債権者の代表として機能していた。しかし、当時の判例の中には、この譲受管財人を、債務者の地位を承継するものとして位置づけ、破産者の利益のために働かせていたものが見受けられる。それには次のような理由があったように思われる。当時の破産手続きは、債務者がこの手続きから逃れることが容易で、債権者にとっては、時間と費用ばかりがかかり、実効性を伴わないものであった。破産手続きを活性化させるためには、債務者の手続きへの関与と協力が不可欠であった。債務者を手続きに関与させるには、彼に対するメリットがなくてはならない。しかし、創設されたばかりの破産免責制度は、その要件が厳格すぎて、十分にこの要請に応えない。破産管財人が、破産者の地位に立つて活動することぐらいしか、債務者に手続きの関与を促す方策はなかったであろう。

このような破産管財人であるから、破産者のおかれている状況を少しでも有利にし、当時の手続きが有する懲罰的色彩をわずかでも稀釈化しようとするために、反対債権を有している債権者がいたならば、その者との相殺を考えたとしても不思議ではない。うまくすると、債権者の数が一人減るかもしれないのである。しかも、当時の譲受管財人には、現在の破産管財人のように、独立した機構として位置づけられ、破

産財団の占有管理、維持そして増殖をはかるとともに、債権者への公平な満足を使命とし、そのための効果的な手段をするものではなかったのである。

### 3 本稿の目的

本稿では、わが国における相殺の担保的機能と同様な法理が展開していった、一七世紀末から一八世紀のイングランドの判例法理を紹介しつつ、その発展を支えていった背景的狀況についても検証してみたい。そのことにより、今日、大きな問題として残っているように思われる、相殺に伴う二つの機能、すなわち支払能力を失った債務者への債権の実質的価値を対立する債権の対等額まで引き上げる機能と、相殺権者に他の債権者に先駆けて優先弁済を受けうる地位を与える機能、この二つがどのようにその地位を与えられていったかも併せて探ることにする。また、この目的に寄与する範囲で、現在と異なる当時の法制度についても紹介する。現在とは必ずしも同じではない当時の制度的背景のもとで展開していった、債務者破産時の相殺に関するこの法理が、今なお妥当するものであるのか、言い換えればこの機能の前提となったところが、長い時代を経た今もなお変質せずにいるか、これについて検証するためである。

\* 本稿は、もともと一本の論文として執筆したものを分割し、その一部に加筆して掲載したものである。したがって、十分に論じられていない問題も散見されようが、それらについては、近く公表予定の

論文で扱うことにする。

(1) 我妻榮『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』三一六～三一七頁(岩波書店、一九六四)、磯村哲編『注釈民法(12)』三七六頁(乾昭三執筆)(有斐閣、一九七〇)、於保不二雄『債権総論』四一三～四一四頁(有斐閣法律学全集、一九七二)、内田貴『民法Ⅲ(債権総論・担保物権)』二三四～二三五頁(東京大学出版会、一九九六)、山本戸克己『破産法』一六四頁(青林書院新社、一九七四)、林屋礼二『上田徹一郎・福永有利「破産法」』二二二頁(福永有利執筆)(青林書院、一九九三)、谷口安平『倒産処理法』二三四～二三五頁(筑摩書房現代法律学全集、第二版、一九八〇)、霜島甲一『倒産法体系』二六八～二六九頁(勁草書房、一九九〇)、伊藤眞『破産法』二六六頁(有斐閣、新版、一九九二)など。ちなみに林屋「上田・福永・前掲は「当事者間に著しい不均衡が生じる」として、この点について積極的な指摘をしている。これに対して、山本戸・前掲、伊藤・前掲は、この点について、経済的效果を指摘するにとどまるのは、興味深い。なお、山本戸・前掲は、相殺について、「特定の破産債権者に個別的に優先的満足をえさせる点で破産における平等的比例的満足の原則に対する著しい例外」としており、於保・前掲も、当事者間では十分妥当するが、単なる一方的意思表示でなされ、公示性を伴わない相殺は、破産者の債権の存在について信頼した第三者に不測の損害を及ぼすとしている。

(2) 我妻・前註書三一七頁、磯村・前註書三七六頁。

(3) 債権の評価に関する問題と債権者平等の問題とは、必ずしも分離独立した問題ではない。本文の記述を換言すれば、次のようになる。数名の者がある者に債権を有しており、債務者の資産状態が悪化したとする。この者に対する債権は等しくその価値を減少するはずである。ところが、債権者の中に、偶々反対債権を有している者がおり、相殺を許したとする。その結果、この者の債権だけが、そ

の実質的価値とは無関係に、有している反対債権との対当額まで、評価があがることになる。このようなことがなぜ公平に反しないのか、ということである。

(4) 最大判昭和四五年六月二十四日民集二四卷六号五八七頁へと至る、最判昭和三九年二月三日民集一八卷一〇号二二七頁、最判昭和三二年七月一九日民集一一卷七号一二九七頁。

(5) 判例・学説については、伊藤進「差押と相殺」星野英一編『民法講座4』三七三頁以下(有斐閣、一九八五)に詳しい記述がある。

(6) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』三四五頁(和仏法律学校、訂正増補第九版、一九〇八)。

(7) 自然的正義とは、通常の理性的な人間であれば、誰しもが公正であると考え、多くの人々の協賛をえられるような状態を言う(ジェームス著矢頭敏也監訳『イギリス法 上』一八五〜一八六頁(三省堂、一九八五))。

## 二 相殺の担保的機能発達小史

### ——自然的正義とエクイティ——

#### 1 債務者破産時における相殺の問題

イングランドの事件において、債務者が支払不能となった折りに、一債権者の有する反対債権との相殺の可否を扱っている判例を追っていくと、一七世紀中葉まで遡ることができ。債務者が破産したときの相殺権者の地位について触れられている判例は、Court of Chanceryというエクイティ・コートを中心<sup>(8)</sup>に発展している。たしかに、原則として裁判上

の相殺しか認めていない、イングランド法においては、その債務の履行請求に対して、相殺によって対当額について消滅している旨の抗弁を提出し救済を得ることは、エクイティになじむのである。しかし、必ずしもすべてがエクイティ・コートによるものではなかった。なかには、コモン・ロー・コートによるものもある。次の事件は、相殺を裁判上で、しかも相手方の請求に対する抗弁事由として機能させることを原則としていたイングランドにあつて、債務者の破産時の相殺は例外的に、相殺権として積極的な主張をなすこともまた可能である、としたケースである。債務者破産時の相殺にこのような性質が帯びるとき、これはもはやエクイティ上の救済を超えている。この事件が、なぜコモン・ロー・コートで処理されたかについては、不明であるが、右のような救済は、むしろコモン・ローに親しむのである。まず、この事件の判旨からみていくことにする。

・Anon [1676] 1 Mod. 215.<sup>(9)</sup>

この事件は、一六七六年に出された判決である。事実関係の詳細は不明であるが、このケースは、債務者が支払不能に陥ったときの相殺について、相殺権としての積極的な相殺の主張を認めたという点で意義のあるものである。しかし、この判旨は、このような債権者に相殺権の行使を認めるかに関しては、はっきりした態度を示さなかった。なぜその行使が

許されるのかというリーズニングはもとより、本件の意義が認められる、債権者の側から積極的に相殺権の主張が許されるのかという点についても、理由らしい理由を付してはいない。首席裁判官 North が、債務者の破産時における相殺権の行使を認めるにあたつて述べたことは、単に次のようなことにとどまっているのである。

「互いに債権・債務を負担する者同士（A・B）の一方（A）の支払能力が悪化し、破産に瀕したとき、その処理としては、次のいずれか以外にはない。第一は、まずBがAに対して自己の負担する債務すべてにつき履行し、次いで、AがBに対して負担する債務のうち実際に支払える額（Recovery）について他の債権者に対するのと同じ条件で支払いをなす。第二は、Bは、AがBに対して確実に支払いをなし得る金額に応じた額を支払えばよい。そして第三は、A・B間で、Aが支払不能となったのちにこの両債権について差し引き決済する。考えられるのは、このいずれかであろう」<sup>(10)</sup>。

すなわち、反対債務を負担している破産債権者の採りうる方法として、一つに、自己の債務は全額弁済し、有する債権については配当に甘んじるという方法。二つめとして、裁判外で相殺し、差引勘定について決済することもできる、というものである。これは、実質的には、次に掲げる第三点目とかわるところはないが、相殺は裁判上で行うことを原則としているイングラント法において、債務者破産時の相殺に関し

ても、この原則の例外のひとつに数えることを認めた点で意義がある。ここにおいて、支払不能となった債務者に対して債務を負っている債権者の「相殺権」というものが認められたのである。そして、三つめが、債務の支払いに関する破産者側からの請求に対して、相殺後の差引勘定を越える部分については支払いを拒みうる、すなわち、自己の負担する債務について請求されたとき、対当額の範囲で、相殺により消滅した旨の抗弁を提出し、対抗することができ、ということなのである。

これが知りうる限りでの、最も古い事件である。おそらく、これ以前に、債務者の支払不能にあたつて反対債務を負っている債権者の相殺の可否に問題となった事件はなさそうである。それにも拘わらず、冒頭で述べたように、債権者平等を害し、債権というものの価値の評価についても結果的に歪曲することになる結果を伴う、債務者の支払不能という局面で相殺をなすことについて、何の言及もなく、短絡的にこれを認めてしまっているのである。<sup>(11)</sup> はたして、当時の裁判官のあいだには、このような相殺は、そもそも認められるものという発想があつたのであろうか。

この点に関して、右の判決以前に、債務者の破産時における相殺権の裁判外の行使に関して、Coke 卿による、次のような指摘があつたことは興味深い。<sup>(12)</sup>

「たとえば、債務者が一〇〇マークの債務を負っており、

逆にこの債権者も、二〇ポンドの債務を負っているとする。

この場合、対立する債権債務を決済することは許されるであろう。そのうえで、一〇〇マークについての残余額が支払われればよいことである。当事者の満足のためには、これをもっともすぐれた方法である。なぜならば、このようにしなければ二〇ポンドの反対債権は、債権 (chose in action) として依然として存続し、その間に、この債権が保留権 (retainer) の対象となったり、あるいは、免除 (discharge)<sup>(13)</sup> されたような場合には、債権者が満足を受けることができない可能性が高くなるからである。」

この指摘は、一見すると、相殺をなしえる状況にある債権者に、優先的に債権を回収しうる地位を認めようとしているようである。これに対して、右で見た判決は、積極的に相殺を担保として扱おうとしているとは思えない。この両者は、必ずしも同じ発想ではなさそうである。

それでは、当時の裁判官の判断は、いかなる認識に基づくものなのであろうか。債権者平等の原則は既に認められており、それゆえこのような相殺を認めることが、債権者平等を脅かすものであるという認識は、当然あつたはずである。他方、担保権の中核としての優先的に弁済を受けられる地位、これが制定法上に姿を現すようになるには、一九世紀半ばのことである。<sup>(14)</sup> そうすると、特定の債権者に確定的な優先的地位を賦与しようという発想は、この当時決して一般的でな

かつたはずである。

## 2 制定法の動向

そこで当時の裁判所の根底にあつたものを探るために、制定法の状況を見ておくことにする。イングランドでは、一七世紀以降法典の編纂が活発化するのであるが、それは、ローマ法への関心が高揚したことによる影響だとされている。<sup>(15)</sup> しかしながら、判例法主義をとる法制の制定法は、成文法主義の制定法とは大きく意味合いを異にすることに留意すべきである。すなわち、判例法主義にあつては、制定法はあくまでも判例法のエッセンスを統合するという意味を持っており、ここで見る制定法も、判例法、特にコモン・ローを変更するような性質のものではなかつたのである。ときとして裁判所は、この制定法を引用して結論を導く。しかし、それは判例法としてのコモン・ローが成文化されたものという意味を持つのである。

債務者の破産時における相殺に関する条項が認められる制定法をみていくことにする。これらが制定されたのは、一八世紀に入ってからのことであるが、これらの制定法が、右で見たように判例の集大成としての性質のものであるならば、この当時までに、債務者の支払不能時においてなされる相殺に関して、ある程度の判例の集積が認められていたのである。<sup>(16)</sup>

一つは、アン女王の治世である一七〇五年法、そしてもう



一つが、ジョージ二世の治世である一七三二年法である。それぞれに、以下の旨が規定されていた。

・ 4 Anne, c. 17, § 11 (1705)

「裁判所が前に述べたところに従って、次のように定める。ある者、あるいはある者たちと、この者あるいはこの者たちに債務を負担している者、あるいはそういう者たちのあいだで、相互に債権があり、その成立について相当の立証があり、その債権が未払いで未決済であることが、破産監督委員 (commissioners)、あるいはその主要な者に、あきらかとなった場合、破産監督委員会を名のる破産監督委員、あるいはその大部分、もしくは右委員会の譲受管財人 (assignee) あるいは管財人たちが、その勘定について調整し、両債権の全額について差し引き決済し、破産者に対して債務を負っている者に、右の差し引き後の勘定以上を超える額について、支払いの義務を負い、それを強制されることはない、とすることは正当である。」

・ 5 Geo. 2, ch. 30, § 28 (1732).

「裁判所が前に述べたところに従って、次のように定める。破産者とそれ以外の者とのあいだに、相互に債権があり、あるいは相互に債務があることが、破産監督委員、ないしはその主要な者に、あきらかとなった場合、この者が破綻する前

であればいつでも、破産監督委員、あるいはその主要な者、もしくはその破産者の財産の譲受人は、自分たちのあいだの債権債務、および対立関係に立たない金銭債権について、申立てるものとする。その際、右の債権債務につき差引勘定すること、ならびに、右金銭債権を承認することにつき適正であるとされれば、それぞれ、これらの額を超えて請求されることはない。」

債務者破産時の相殺についての取扱いが問題となつてさほど時を経ることなく、右のような立法がなされたが、その原形となつている諸判例でも、右で見たケースと同様、積極的な理由付けはなされていない。判例の集積というのは、ただ単に数が集まつたというだけでは足りないはずである。そうすると、裁判所が判断するにあたって、あえて言及するまでもない何らかの基本理念があり、当時の状況下では、右の立法のような結論を認めることが、その基本理念と合致したとは考えられないだろうか。その理念に合致しているからこそ、裁判所はその理由付けについて明言していないのではなからうか。少なくとも、立法へと至る過程では、債務者破産時の相殺を認める根拠について、明らかにされてはいないようである。

### 3 自然的正義とエクイティ

そこで、当時の裁判所を動かしていた、指導理念について見ていくことにする。「自然的正義とエクイティ (Natural

Justice and Equity」の実現は、当時において、そしていつの時代にあっても、イングランドの裁判所に宿る基本原理のひとつである。もちろん、当時の判例も、これを背景にしてたはずである。<sup>(17)</sup> さて、そこでいう、自然的正義とは、そして平衡とは、いったい何を指すのであろうか。冒頭で掲げた疑問である。この点について以下の判例で見てみることにする。

・ Lord Lanesborough v. Jones [1716] 1 P. Wms. 325

この事件での、破産者である Coggs は、金融業も営む金細工師 (goldsmith) であった。相殺が問題となる点は、次の事実である。すなわち、Coggs は、Jones に対して一、四〇〇ポンドの約束手形金債務を負っていた。反対に、Jones は Coggs に対して一、五〇〇ポンドの借入金債務を負っており、しかも譲渡抵当権を設定していた。破産した Coggs の管財人は、Jones に対して、彼の債務について全額の弁済を求めつつ、他方で、配当として満足のために与えられるのは、Coggs の資産を総債権額で按分した額である、と主張した。

大法官 Cowper 卿は、一七〇五年の 4 Anne, c. 17, §11 を根拠に、この主張を却けた。それは次のような理由によるものである。仮に Coggs が支払不能となる以前の段階で、手形の支払呈示を受けるのを覚悟のうえで譲渡抵当権を実行し

たとしたら、Coggs に支払われるのは、自己の有する貸付金債権と負っている手形金債務との差額となるべきである。

取引相手である Jones は、Coggs が支払不能に陥ったことにより、一方的に損失をこうむらねばならない理由はないから、たとえ Coggs が支払不能となったあとも、Jones は差引勘定したのちの残額を支払えばそれで足りる。むしろ、破産手続きが開始したとしても、それはかわることはない。

なぜならば、譲受管財人は、破産者の地位を継承するものである以上、破産者よりも有利な地位に立つことはない。逆にいえば、破産手続きが開始したからといって、破産債権者が、従前より不利な地位に立たされる理由はないからである。<sup>(18)</sup>

これが、相殺権の行使を認めた理由として述べられていることである。

判旨は、譲受管財人は、破産者の地位を承継するものであって、破産者のおかれている以上の地位に立って破産手続きに臨むことはできない、ということを強調している。これが自然的正義とエクイティの問題と、何らかの関わりを持つのではなからうか。

この、判例理論の背景に通常の合理人であれば、誰しもが公平・衡平であると考え、自然的正義とエクイティがあつたというのであれば、まずはじめに債権者の平等を考える今日の感覚からすれば、非常になじみにくいものであるよ

うに思われる。当時の判例により導かれた結論は、現在の観点からすると、正義を実現するものでもなければ、衡平に適ったものでもないといわざるをえない。

はたして、自然的正義とエクイティに適うことが、このようない見して、債権者の平等を害するような結論へとつながるのは、なぜなのであろうか。<sup>(19)</sup> 言い換えれば、債権者と債務者のいわば閉じた関係の外へとその視界が広がることはなかったのであろうか。何か理由があるはずである。

#### 4 債権者平等に優るもの

債務者の資産状況の悪化に臨んで、相殺権を有する債権者がそれを行使した場合、その有する債権については、自己の負担する債務との対当額の限度で、弁済を受けたのと同じ結果を伴う。これに対して、他の一般債権者は、場合によっては、いっさいの満足を受けることができない。この優先弁済を受けうる債権者は、反対債権を有していること以外には、他の一般債権者と異なる事情はない。ましてや、何らの優先的地位を有しているわけでもない。そうすると、はたしてこの結果は、自然的正義とエクイティに適うものなのだろうか。当然に問題とされてしかるべき疑問である。

当時の裁判官たちに、右のことについての認識がなかったとは、とうてい思えない。ほぼ間違いないく、彼らは、債務者が債務超過の状態に陥った段階で、一人の債権者が有する相殺権の行使を認めることは、他の債権者の利益を、つまり債

権者平等の原則を脅かすことになることを、十分承知していたはずである。

この点について、右で見た、一七一六年の *Lanesborough* 事件において、大法官 *Cowper* 卿によって示唆されたことを、ここで繰り返してみよう。彼の指摘では、この問題をとらえる枠組みが、もっぱら支払不能となった債務者と債権・債務を負担し合う関係にある債権者との絞られていた。支払不能となった債務者と、それに対して競合する債権を有している債権者という枠組みでの理解はなされていない。

このような理解は、債務者の支払不能によって、この債務者に対する債権を有する債権者たちが、取引相手に支払不能の者が出たという不幸を共有する際に、最低限度で保障されなければならない保護から、目をそむけるものである。言い換えれば、債務者の支払不能時において一債権者の相殺を許すことは、公正に適うどころか、他の一般債権者に不当な犠牲を強いて相殺権者を保護するという不平等を引き起こしているのである。このような結論を導く相殺に関するルールが、多くの裁判官、そして立法者に問題視されなかったのはなぜなのだろう。

債権者平等に意識が及ばなかった理由については、裁判所の判断から、直接は知りえない。おそらく、このような一般債権者の利益を考えるよりも彼らの関心を引き付けた、何かがあったはずであると考えべきなのであろう。

当時のイングランドにおける破産手続きの機能と、その中で讓受管財人にあてがわれた役割は、何か手がかりを与えてくれるように思われる。当時の讓受管財人は、中立の独立した機構というよりは、むしろ破産者の財産承継人と考えられていたようである<sup>(20)</sup>。そして、当時の破産手続きは、債権者の利益を保護するための、債権取立てとしての機能を果たしていた。管財人がこのような性格を帯びたのは、その全体を通して債権取立てのための機能を有する破産手続きにおいて、破産者をわずかながらでも保護しようとするためではなかったのではなからうか。もちろん、讓受管財人がおかれるようになった主たる目的は、手続きの迅速化、そして債権者を悩ませていた費用の高騰化の防止という点にあったのであるが、他面において、破産手続きの右のような目的を達成するために、債務者の積極的な協力と手続きへの関与が不可欠であったはずである。

歴史的にみて、イングランドの破産手続きは、債務者拘禁制度 (imprisonment for debt) も兼ね備えるほど懲罰的色彩が強かったため<sup>(21)</sup>、債務者の積極的関与は期待できない。しかも、この債務者拘禁制度は、必ずしも債権者の満足の実現には寄与していなかったようである。たしかに、この制度は、債務の支払いに対する間接強制という効果はあったのであるが、投獄されている債務者自身の財産に対する執行は認められておらず、よって、この場合、債権者は、債務者によ

る自発的かつ任意の弁済を待つほかはなかったのである。そうすると、ある程度の財産を有し、かつ弁済から逃れることを企図している債務者は、逆に積極的にこの債務者拘禁制度を利用して、自己の財産に対する債権者の追求から逃れ、財産を隠匿することが可能であったのである<sup>(22)</sup>。財産のある債務者とは異なり、債権者の満足に充当する財産をもたない債務者にとっては、この債務者拘禁制度は脅威であり、もっぱら拘禁から逃れようと逃亡をはかるなどしていた。したがって、債権者はいずれの場合にも、債権の回収が困難な状況に立たされたようである<sup>(23)</sup>。

このような状況下で、債権者の満足を実現しようとするとき、債務者の手続きへの積極的関与と協力が求められる。ところが、右で見たように、当時の破産手続きには、債務者が関与したところで債務者には旨みがない。

債権回収の迅速化・手續費用の低廉化を考えると、やはりそこには、債務者の協力が不可欠となろう。債権者の利益実現という目的達成のため、すなわち債務者の手続きへの積極的関与と協力を取り付けるため、わずかでも債務者への懲罰を回避する性格をもつ手段が講じられる必要があったのではなからうか。

こうした状況のもとで、一七〇六年に、讓受管財人が制度として設置された。これがおかれた直接の目的として、手続きの迅速化・費用の低廉化が掲げられているようであるが、

この目的を達成するためには、債務者の手続きへの協力を取り付けることが要請されよう。譲受管財人が制度化される前年、すなわち一七〇五年に破産免責制度が導入されるのであるが、成立当初の免責は、手続きに協力した破産者に与えられる特典としては、その要件があまりにも厳しすぎた。当時、免責を得るためには、総債権者あるいは総債権額の八〇パーセント以上の同意が必要とされたのであり (5 Anne, c. 22 § 2 (1706))、免責が、今日のような機能を備えるようになるには、まだまだ時間を要するのである。そうすると、懲罰的色彩が強く、準刑事的手続きとも評されるような、破産手続きに、債務者を招き入れるための道具が別に必要となる。いいかえれば、手続きに協力した債務者に、免責以外にどのような特典を賦与することができたかという問題が浮上するのである。

この問題を解決する知恵は、譲受管財人に求められたようである。それゆえ、裁判所は、譲受管財人が、債務者の承継者としての地位にある者であることを幾度となく確認する<sup>(24)</sup>のである。

譲受管財人には一面において、右で述べたような債権者の利益実現を目的とする限度において、破産者への懲罰を少しでも回避し、債務者が破産手続きに協力するようさし向けることが要請されていたように思われる。これを前提にする<sup>(25)</sup>と、これまで見てきたような債務者の破産時の相殺に関し

て、次のような仮説が立つのではあるまいか。すなわち、債務者の破産時に反対債務を負っている債権者との相殺を認めることは、債務者への懲罰回避の一手段としての機能を期待するものであった、ということである。

前述のように、当時の破産手続きは、債権を取り立てるために債権者に用意された性質の手続きであった。懲罰的色彩のあつたことを引き合いに出すまでもなく、このような手続きにおいては、債務者にとって、並み居る債権者は強大な敵である。たとえば、その債権者の中に、債務者が反対債権を有している者がいたとしたら、どうであろう。自己の有する債権を、各債権者への平等弁済に充当するようなことを考えるであろうか。この両債権を相殺することによって、債権者が一人減る可能性も出てくるのである。債権者の数が減るということは、債務者にとっては小さからぬメリットとなる。このことは、債務者を破産手続きへと誘い込む一つの要因になるはずである。

さらに加えて、手続きの迅速化と費用の削減を至上命題に導入された譲受管財人は、現在のように、債権者平等を実現するという使命を負ってはいなかったのである。したがって、破産法上に否認権という制度は存在しなかった。

ちなみに否認権は、債権者を詐害する行為の効力を慣習法上否定したところに由来するものである。その発祥は、一四世紀中期の 50 Edw. III C. 6、および、一五世紀後期の 3

Hen. VII c. 4であつたが、これらは債権者を害する目的をもつてなされた動産の詐欺的信託を無効とし、ここに慣習法の目的を明確にするとともに、法規としての効力をも確定したものであつた。これが、一六世紀中期の 13 Eliz. C. 5 へと受け継がれ、今日の否認権制度の原形となつた。しかし、詐害行為から債権者を守ろうとする動きが本格化するようになるのには、一九世紀まで待たねばならず、それまでの間に、幾度となく右の条項に手が加えられる必要があつたのである。<sup>(25)</sup>

これに対して、債権者平等という理念は、以前から認められていた。<sup>(26)</sup> イングランドの破産法が、最初に制定されたのは一五四二年のことであつたが、この立法は、まさに債権者平等を実現するためになされたものであつた。この法が制定されたことにより、債務者に不履行が生じると、個々の債権者が債務者に対してコモン・ロー上の救済として個別に執行をかけていくという方式から解放されたのである。この方法では、早い者から順に満足を受け、遅れた者は債権を回収することができないという不平等が生じてしまう。そこで制定された破産法は、手続きが終了するまでは、債権者の個別の権利行使を認めなかつたようである。<sup>(27)</sup> 当時の債権者平等は、このようなかたちで実現されていたのである。

ところが、債務者の破産にあたつて一債権者が有している相殺権の行使を認めるかという問題となると、債権者による

個別執行を禁止するのとは違つた局面で、債権者平等が問題となる。すなわち、個別執行の禁止は、単に債権者を手続きに拘束することにより、早い者勝ちという不平等が生じることを回避することができた。ところが、破産手続きにおいて、結果的に優先弁済を得たことになる相殺をなす者から、一般債権者の利益を保護するためには、債権者を手続きに拘束しただけでは不十分であり、何らかの技術的な手段が必要となるのである。しかし、当時は、相殺の行使を一般債権者のために阻止し、債権者平等を実現するために作用する機能が、存在していなかつたのである。すなわち、当時の譲受管財人は、中立的な機構ではないうえに、否認権に代表されるような、債権者平等を実現するための手段を備えていなかった。そしてそもそも、債権者平等の実現が、管財人の双肩にかかるようなこともなかつたのである。

このような状況のもとで、債務者に手続きへの協力を取り付け、債権者に迅速な保護を、しかも低廉な手続費用で提供せねばならない譲受管財人が、まず第一にすることは、おそらく、この手続きがもつ債務者への懲罰的色彩を希薄化することであろう。この点から見ると、相殺によつて債務を消滅させることは、債務者の有する債権を、総債権者に按分し配当することとは比較にならないほど債務者にとって有利である。なぜならば、一債権者に対する債務者の債権を、按分配当してしまうと、各債権者の得られる満足はごくわずかな

り、体勢に影響はない。これに対して、相殺した場合、債権者の数を一人減ることになる。各債権者に債権取立ての場を提供することを目的としている破産手続きにおいて、債権者の数が一人減るということは債務者にとって大きなメリットとなろう。破産手続きの中で、債権取立て、言いかえれば、制裁申立てをしてくる債権者の数が減るからである。

このように考えることができるとすると、債務者の破産時における相殺権の行使は、その債権者に優先弁済を認めるという性格のものではなく、むしろ、懲罰的破産手続きから債務者を擁護し、破産手続きへの協力を促し、これによって、債権者のための低廉で迅速な手続きを実現するためのものであった、ということができよう。

(8) エクイティ上の救済手段は、それより古くからあったコモン・ロー上の救済手段の不十分なところを補完する目的から発生したものが多く、そのことから、いくつか数えられるエクイティ上の救済手段の特徴の中に、救済を与えるかについては最終的には裁判所の裁量に基づくこと、そして、その救済の内容についても非常に弾力的であることが許される、ということがあげられる。ただ、与えられる救済は、基本的には、相手方の請求に対する抗弁の提出にみられるような、差止めを原則とするものである（田中英夫『英米法総論 上』一二―一四頁（東京大学出版会、一九八〇））。

本文中ではじめに紹介する判例は、破産した債務者に対して反対債務を負っている債権者は、単に、管財人からのその債務の請求に対して、相殺した旨をもって支払いを拒むことができる、ということにとどまらず、この債権者の側から積極的に、しかも裁判外で

相殺を主張しうる旨を判示したものである。もちろんこれは、エクイティの救済の範疇を越えるものであり、実際、この判決は、*Kings Bench* というコモン・ロー・コートによるものである。

(9) 本稿における引用について。イングランドの判例に関しては、イングランドにおいて最も一般的と思われる引用方法に倣い、古い制定法に関しては、本文中の記載についても日本語で表記せず、同国の判例集記載の方法に従った。また、アメリカの判例、制定法、文献等の引用は、ブルーブック（*A Uniform System of Citation*）に倣った。

(10) 1 Mod. 215, at 215, 86 Eng. Rep. 837 at 837.

(11) このようにリーズニングをしていないに等しい判例ではあるが、一七世紀当時のイングランドでは、一つの先例として、のちの立法にまでおよぶ影響力を有していたのである。それどころか、このケースは、遙か二世紀ののちにアメリカ合衆国連邦最高裁で先例としての価値を認められるのである（*Scott v. Armstrong*, 146 U.S. 499, at 510-11 (1892)）。他方では、一六世紀以降のイングランドはローマ法への関心を高め、コモン・ローの危機といわれる時期を迎えるようになる。それでも、古来の法が、裁判所にとって代わるようなことはなかったといわれている（田中・前掲註（8）書一一七―一一九頁）。ちなみに、債務者破産時の相殺に関する問題についての立法作業は、一八世紀まで待たねばならない（4 Anne, c. 17, § 11 (1705) ; 5 Geo. 2, c. 30, § 28 (1732)）。

(12) 2 E. COKE, *THE FIRST PART OF THE INSTITUTES OF THE LAWS OF ENGLAND*, § 344 (C. Butler 18th. ed. 1985). また、ローマ法の受継も含めてイングランドにおける相殺の歴史的詳細に関しては、Loyd, *The Development of Set-Off*, 64 U. Pa. L. REV. 541 (1916) を参照されたい。

(13) 今日、*discharge* といふは、*discharge in bankruptcy*, すなわ

ち破産免責の意味で用いられることが多いように思われる。破産免責という制度は、他の諸国に先駆けてイングランドで設けられたものであることは、ここであらためて述べるまでもないことであろうが、その時期は、一八世紀に入ってからのことである(4 Anne c. 17, § 7 (1705))。したがって、Lode Cokeが指しているのは、必ずしも、破産免責に限定したものではないと考えるべきであろう。

Lode Cokeの危惧は、反対債権が他の債権者の優先的権利の対象となったり、あるいは、何らかの理由で消滅することにあるのであり、このような事態になる前に、相殺により決済できるのであれば、それをすべきである、というのである。

(14) 32 & 33 Vict., c. 71, § 92.

(15) ローマ法への関心が強まるのは、一六世紀初頭、ヘンリ八世の治世からだといわれている。そのあらわれのひとつとして、ヘンリ八世が、オックスフォード、ケンブリッジの両大学に、王立ローマ法講座を設けたことがあげられている(田中・前掲註(8) 書一七〇一八頁)。もともと、一六世紀には、フランシス・ベイコンらによって、コモンローの法典化という作業に着手されているようである(ベイカー著小山貞夫訳『イングランド法制史概説』五一一〜五二二頁(一九七五、創文社)、ジェームズ著矢頭敏也監訳『イギリス法(上)』二二頁(一九七九、三省堂))。

(16) ところが、一七世紀末から一八世紀初頭の判例は、前にみた、一六七六年の事件と、大きくかわるところはないようである。See *E.g., Chapman v. Derby* [1689] 2 Vern. 117, 23 Eng. Rep. 684.

(17) *E.g., McCoid, Setoff: Why Bankruptcy Priority?*, 75 VA. L. REV. 15, at 22 (1989).

(18) 1 P. Wms. 325, at 326.

(19) もちろん、当時においても債権者平等は、今と変わることなく、債権者秩序を支える重要な基本原理であった(W. JONES, THE

FOUNDATIONS OF ENGLISH BANKRUPTCY 8 (1979)).

(20) たとえば、前に見た *Lord Lanesborough et al. v. Jones* [1716] 1 P. Wms. 325 at 326, そのほかにも、*Jeffer v. Wood* [1723] 2 P. Wms. 128, at 130 では、当時、管財機能を果たしていた assignee が、破産者としての地位を代位する者であることを強調している。

しかし、制度上は、この assignee は、債権者によって選任され、しかも債権者のうちからこの任に就く者が選出されていたのであるから、そもそもは、債権者の地位の承継人と考えるべきなのである。この変質の過程には興味深いものがある。ちなみに、この管財機関は、一七〇六年に法制化されたものである(5 Anne, c. 22, § 4 (1706))。なお、イングランドの破産法におけるこのような管財機関の沿革については、高田賢治「イギリス破産法における管財人(trustee)の成立過程」法学雑誌(大阪市立大学) 四四巻二二七六頁以下(一九九八)、四四巻三三〇四二六頁以下(一九九八)に詳細な記述がある。なお、assignee に、譲受管財人という訳語を付したのも同稿による。

(21) この制度が廃止されたのは、一八六九年になってからであり(32 & 33 Vict. C. 62), それまではこのような刑事制裁的制度が破産手続上に残されていたのである。

(22) 宮川知法「債務者更生法構想 総論」九〇一一頁(信山社出版、一九九四)(初出、一九九〇)、高田・前掲註(20) 四四巻二二八四〜二八五頁。

(23) 高田・前掲註(20) 四四巻二二八四〜二八五頁。

(24) 前掲註(20) 参照。

(25) 井上直三郎「英破産法における否認権の問題」法学論叢五卷六号七四一頁以下、七四四頁、七四九〜七五〇頁(一九二二)、六卷三三三六四頁以下、三三六〜三三八頁(一九二二)。

(26) *E.g., W. JONES, supra note 18 at 8.*



(27) 高田・前掲註(20) 四四卷二号二八五〜二八六頁、宮川・前掲註  
(22) 書七〜八頁。

### 三 結 語

以上、概観してきたが、イングランドにおいて一七世紀中葉以降発達してきた債務者の破産時における債権者による相殺権の行使を認める法理は、次のような事情を背景に、破産手続きの活性化のために認められたものであるように見ることができよう。当時の破産手続きは、債権者のための債権取立てを主たる目的とし、債務者を懲罰する性格を帯びた準刑事的手続きと位置づけられるようなものであった。むろん、

債務者の更生という配慮などはなく、債務者にとって、破産手続きに関与するメリットはなかった。したがって、債務者は破産手続きに協力することはなく、むしろ、逃亡や財産隠匿に走った。これは、債権者の債権回収を大きく阻むものであった。そこで、破産手続きは債務者の関与と協力を求めるようになり、次第に譲受管財人は、債務者に破産手続きに關与する利益を提供する役割を担うようになった。破産免責制度が非常に厳しい要件のもと、ようやく認められた頃のことである。管財人が債務者の承継人として位置づけられるようになったのは、このような配慮があったのであろう。

たとえば手続きは、債権者による取立てを目的とするものであったとしても、破産手続きの実効性を上げるために、債務

者の手続きへの協力は不可欠であった。

これはおそらく、破産手続きが全体として債権者の利益を保護するためのものであったところから、譲受管財人を破産者の承継人と性格づけることで、債権者と債務者とのあいだのバランスをとろうとしたものではないかと思われる。しかも、このように考えると、自然的正義と衡平は、債権者平等を意味するものではなく、債務者と債権者のバランス維持のために働いているものとして説明することができ、なぜ当時の裁判所の視野から、本来第一義的に実現されなければならぬはずの要請である債権者平等が抜け落ちたかについても、説明できるのである。

いずれにせよ、そのような地位にある譲受管財人が、少しでも債務者の負債額および債権者の数を削減しようとするとき、仮に唯一の積極財産がこの債権者に対する反対債権であったとしても、その債権を相殺に供し債権者をひとり減らしたところで、それについては責めることはできないようにも思える。このようにして考えると、この当時の譲受管財人は、債権者の平等ということを、当然視野に入れていたであろうが、それに配慮する余裕などなかったのである。

むろん、相殺権の行使を認めることが、相殺権者の利益になったことはいうまでもない。しかも、破産時の債権者秩序における優劣が未だ不確定、すなわち、債務者の支払不能時に優先債権を受けられる担保権者というものが、完全に特定

されていないこの当時には、なおのこと、であった。

自然的正義とエクイティ、この意味が非常に限定された範囲しか視野に入れていなかったのも、右で述べたような事情からは、容易に推測しうるであろう。

本稿の冒頭で、二つの疑問を提示した。その第一は、一方当事者の資産状態が悪化したあとなお相殺権の行使を認めることは、債権そのものの実質的評価を歪曲することになる、すなわち実質的価値を失っている債権をその額面額まで評価を引き上げることになる。それにもかかわらず、相殺権が認められる根拠は何か。そして第二は、支払不能となった者に債権を有している者のなかでひとりの債権者に相殺権を行使させることは、債権者平等の原則に反する。それにもかかわらず、あえてこれを認めるのはいかなる理由によるものか、というものであった。

なるほど、今日のように、公正の確保や債権者平等の実現に加えて、債務者の経済的更生の実現も倒産処理の指導理念のひとつに数えられるような状況から見れば、右の二点の疑問は、およそ説明することが不可能な問題となろう。ところが、今日のような右の倒産処理の指導理念とされているものが認められていない状況で考えると、これらの疑問を問題とさえすることのできない状況があるということについて、首肯せざるをえないようにも思えてくるのである。

しかしながら、倒産処理法の指導理念が、当時とは大きく

異なる今日において、ある特定の状況下での債務者保護のための道具を、そのまま無批判に受け入れることはできないはずである。それにもかかわらず、当時とは大きく状況が変わったのちも、この相殺の担保的機能は、当初の存在理由を失いながらも、さらに発展を続け、今なお維持されているのである。

封建制度の呪縛から完全に脱し切れていないイングランドにおいては、一方ではやむを得ないことなのかもしれない。しかし、同様の法理はアメリカでも生きており、そして我が国にも存在する。アメリカは、イングランド法を継受するにあたって、封建時代のなごりともいえるべき諸制度を断ち切る機会が歴史上与えられた。それにもかかわらず、いわゆる相殺の担保的機能については、問題とされなかったようである。<sup>(28)</sup> 別稿で指摘したように、<sup>(29)</sup> 現在、アメリカにおいて、この相殺の機能に関してイングランドの法理を無批判に継受したことへの反省ともいえるべき動きが、徐々にではあるが始まりつつある。

これに対して、わが国においては、相殺に担保的機能があるということにもはや疑念を差し挟む余地がないといっても過言ではない。しかし、なぜ反対債権を有しているにすぎない一債権者に、他の一般債権者に優先して弁済を得られる効力が伴うのか、これについていまだ十分な説明はなされていない。というよりは、この点に関する説明は、もはや不可能

であるといわざるをえないようにも思われるのである。むしろわが国において問題とされるべきは、現状のように動かしがたい相殺の担保としての効力が、単に「事実上の」効力にとどまっていることにあるのではなからうか。

(28) アメリカに破産に関する制定法がおかれたのは、一八〇〇年が最初のことである。そこには、やはり破産時の相殺に関する規定がおかれており、すでに、債務者に破産手続きを開始したあとの相殺権の行使を認めるのは当然のこととなっていた(The Bankruptcy Act of 1800, c. 19, § 42.)。ところが、最初の破産法は一八〇三年に廃止される。しかし、のちの立法例でも、かわることなく債務者破産時の相殺は認められていた(The Bankruptcy Act of 1841, c. 9, § 5; the Bankruptcy Act of 1867, c. 176, § 20. なお、前者は一八四三年に、後者は一八七八年にいずれも廃止となっている)。そして、破産手続き開始後に取得した債権を自働債権とする相殺が禁じられるようになるのは、一八七四年改正(Act of June 22, 1874, c. 390, § 6)でのことである。しかし、この七四年法も、一八七八年には廃止される。現行破産法の元となる規定が設けられるのは、一八九八年法(The Bankruptcy Act of 1898, c. 541, § 68)であり、これが現在の 11 U.S.C.A. § 553 の基礎となるのである。

(29) 拙稿「再建型倒産処理手続と相殺権の処遇——アメリカ合衆国連邦破産法下の近時の議論を巡って——」立教法学五〇号二八三頁以下(一九九八)。